Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
Civiliſtiſche Praxis.

Dreiunddreißigſter Band. Zweites Heft.

VII.

Zur Lehre von der ſogenannten Reformatio in pejus.

Von
v. Linde.

§. 1.

Zur Zeit des Formularprozeſſes wurde jedes unter der Autorität einer richterlichen Obrigkeit von einem Juder ausgeſprochene Urtheil rechtskräftig. Die Prozeßführung vor dem Juder war nach der Gerichtsverfaſſung deßhalb Bedürfniß, weil zwei Civilprätoren in Rom die Rechtspflege nicht beſorgen konnten, wenn ſie ſich ſelbſt mit der Feſtſtellung der beſtrittenen Thatſachen hätten befaſſen müſſen. In Fällen dieſer Art, in welchen das Thatſächliche des Streits zu ermitteln und feſtzuſtellen, und ſo der Stoff für das Urtheil zu ſammeln war, wurden von den Prätoren die Judices als Gehilfen beſtellt und ihnen das Urtheil hypothetiſch vorgeſchrieben. Bei unbeſtrittenen und unzweifelhaften Thatſachen ſprach der Prätor ſelbſt ſofort das Urtheil, welches ebenfalls in Rechtskraft überging. Aus der Zeit der Republik fehlt es durchaus an Zeugniſſen dafür, daß von dem Urtheil eines Juder auch nur an den Prätor Berufung ſtattgefunden. Die nach der älteſten römiſchen Verfaſſung unter dem Nam appellatio und provocatio vorkommenden zwei Inſtitute hatten zwar dem Zwecke nach miteinander gemein,

daß durch sie der Ausspruch oder der Vollzug eines richterlichen Urtheils verhindert wurde; aber niemals dienten sie im Civilprozesse dazu, an die Stelle der verhinderten Maßregel eine positive Abänderung zu setzen, sondern konnten nur bewirken, daß Nichts geschah. Sie bildeten deßhalb keine Instanz nach unsern Begriffen, und da die Wirkung des Einspruchs eine bloße negative war, so konnte er, der Natur der Sache nach, im Civilprozesse blos zum Schutze des Beklagten, nicht auch des Klägers, dienen.

Dagegen finden wir gleich im Anfang der Kaiserregierung eine Instanzeneinrichtung sogleich in völliger Ausbildung und Anerkennung, und diese letztere scheint zum Theile durch die Anknüpfung an die alten Institute der Appellation und Provocation vermittelt. Von dem Juder ging die Berufung an den Prätor, von dem Prätor an den Präfekten der Stadt, von diesem an den Kaiser. Jede höhere Instanz wurde extra ordinem vollzogen; denn über eine Berufung entschied die Obrigkeit der höheren Instanz stets in eigener Person, ohne Juder. In diesem Instanzverhältnisse traten die beiden Hauptmomente der richterlichen Thätigkeit: Sammlung und Feststellung des thatsächlichen Stoffes und dann Bildung des Urtheils stets scharf hervor. Das erste Moment, worauf in der Regel viel Zeit und Arbeit zu verwenden ist, ist vorzugsweise Aufgabe der ersten Instanz, der ohnehin nach dem alten ordo iudiciorum noch stets das Urtheil hypothetisch vorgeschrieben wurde, und seitdem sich das ändert, wurden diejenigen Urtheile, welche einer ferneren Prüfung in geregeltem Instanzenzuge unterworfen werden konnten, vorläufig zugleich als Vorschläge zu einem Urtheile betrachtet, so daß die jedesmal höhere Instanz den in der ersten gesammelten Stoff und das Urtheil benutzt, prüft, das Erforderliche aufklärt und ergänzt, und dann urtheilt. Sobald ein solches Instanzenverhältniß sich ausgebildet hat, werden nämlich sogleich auch zweierlei Urtheile unterschieden, die, welche unabänderlich sind, und die, welche durch eine weitere Instanz abgeändert werden können, und für alle wird

ganz besonders der Inhalt wichtig, um bemessen zu können, was möglicherweise Gegenstand der Abänderung sein kann [1]). Daß in der Uebergangsperiode, aus einer Verfassung ohne Instanzen in die mit Instanzen, nicht nur, sondern fortdauernd sich viele Zweifel darüber einstellen, welche Urtheile nun noch unabänderlich geblieben, und welche dem Instanzenzuge unterworfen sind, ob und in wieferne nicht ein und dasselbe Urtheil aus Bestandtheilen beider Art zusammengesetzt sein kann, welches die Bedingungen der Wirksamkeit höherer Instanzen sind und dergleichen, beweist der Zustand der Theorie wie der Rechtspflege. Die daraus hervorgehenden Zweifel sind dann um so schwieriger zu lösen, wenn für manche Anordnungen der früheren Zeit der organische Zusammenhang in Vergessenheit gerathen, außer Anwendung gekommen, oder durch Verlassen des historischen Bodens mit der Verbindung auch die Einsicht verloren gegangen ist. Dafür liefert der Gegenstand dieses Aufsatzes einen recht sprechenden Beleg. Bis zur Ausbildung von Instanzen, also bis zur Kaiserregierung, konnte von einer reformatio in pejus begreiflich keine Rede sein, und wenn man daran denkt, daß es nach ihrem Inhalte möglicher Weise nur zwei Arten von Urtheilen gibt, nämlich solche, die nach dem Antrage des Klägers den Beklagten verurtheilen, und solche, die nach dem Antrage des Beklagten diesen freisprechen; daß es deßhalb im regelrechten Verlaufe immer nur ein Theil sein sollte, der Grund haben könnte, sich über das Urtheil zu beschweren, und daß nach römischem Rechte, um die Beurtheilung der höheren Instanz herbeizuführen, es hinreichte, wenn der Appellator einfach erklärte: ich appellire, und daß alsdann der höhere Instanzrichter, nach Prüfung der Vorakten entweder zu bestätigen, oder das verurtheilende Erkenntniß, ein freisprechendes oder umgekehrt, abzuändern hatte; dann könnte es scheinen, als entwickle sich der Instanzenzug ganz einfach und leicht. In der Wirklichkeit war es jedoch

1) v. Savigny. Syst. VI. §. 284 und Beil. XV. S. 485.

ſtets anders. Seitdem Theorie und Praxis einen Ausfluß der oberrichterlichen Aburtheilung techniſch mit reformatio in pejus bezeichnet, hat ſich über Zuläſſigkeit, Umfang und Bedingungen dieſes richterlichen Akts die größte Meinungsverſchiedenheit gebildet[2]). Der Hauptgrund hierfür ſcheint jedoch darin zu liegen, daß man bis auf die neueſte Zeit ſich noch nicht einmal über den beſtimmten Inhalt der Streitfrage verſtändigt, dieſe willkürlich bald enger bald weiter aufgeſtellt und ſie bei der Löſung von allem innern Zuſammenhange mit den dabei nothwendig leitenden prozeſſualiſchen Inſtitutionen, Grundſätzen und Maximen, getrennt gehalten[3]) und ſich an der Interpretation der bezüglichen Geſetze, welche allerdings den Sitz der Materie bilden, wahrhaft abgequält hat. Bezüglich dieſes Zuſtandes der Lehre iſt die Bemerkung von Sartorius anzuerkennen, daß der Ausgangspunkt ſolcher Beſtrebungen ſich ſchon im Mittelalter findet; aber wenn daneben auch noch zugeſtanden werden muß, daß das Meiſte, was ſpätere Juriſten der Welt im Gewande der Neuheit, als unlängſt fertig gewordenes Produkt vorgeführt haben, ſich als etwas Uraltes, deſſen Geburtsjahr in Vergeſſenheit zurückgewichen iſt, ergibt, ſo iſt man der Neuzeit daneben doch die Anerkennung ſchuldig, daß einige, wenn auch nur wenige[4]), Bearbeiter zuerſt Behauptungen wiſſenſchaftlich begründet haben, die die frühere Zeit eben nur als Behauptungen hinſtellten. Und nicht Derjenige, der zuerſt eine Behauptung aufſtellt, ſondern Der, der ſie zuerſt begründet, beſtimmt das Geburtsjahr.

§. 2.

Von den neueren Bearbeitern unſeres Gegenſtandes dürfte Schmid die gelungenſte geliefert haben. Schon der Geſichtspunkt, von dem aus er die Unterſuchung anſtellt, nämlich: „Das ſogenannte Verhandlungsprinzip gilt für die

2) Sartorius im Arch. f. d. c. Pr. XXXI. S. 348—352.

3) Vergl. Arch. a. a. o. S. 239 f. §. 17.

4) Ich erinnere beſonders an die Abh. von Schmid in der Zeitſchrift f. c. und P. IV. S. 25 f.

Abfassung des Appellationserkenntnisses bei Appellationen gegen Definitivurtheile, und die derselben an Kraft gleichstehenden Beiurtheile, nach gemeinem deutschem Prozeßrechte nicht", bringt unsere Frage in Verbindung mit jenen leitenden Grundsätzen des gerichtlichen Verfahrens, aus welchen sie allein richtig aufgefaßt und gelöst werden kann.

Schätzbare Beiträge liefert auch die Abhandlung von Arnold[5]). Da derselbe aber die Devolutivkraft in zu beschränktem Umfange annimmt, eben so die Gemeinschaftlichkeit der Rechtsmittel im Widerspruche mit den klarsten Gesetzen beengt und die Frage nach der ref. in pejus selbst in dem beschränkten Sinne auffaßt, als wenn es sich dabei blos darum handle, ob und in welchem Umfange dem höheren Richter auch ohne accessorische Adhäsion das Recht zustehe und die Verbindlichkeit obliege, das durch die Appellation zu seiner Prüfung gelangte Erkenntniß des vorigen Richters zum Nachtheil des Appellaten zu ändern? so konnte er nach unserer Ueberzeugung durchaus nicht zur richtigen Lösung der Aufgabe gelangen. Arnold beschränkt ganz ungebührlich die Devolutivkraft, und vermittelst deren Schranken verengt er die Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels noch mehr, begrenzt damit wieder über die gesetzlichen Bestimmungen hinaus die accessorische Adhäsion und bannt endlich die Befugniß des Richters zur reformatio in pejus in noch engere Schranken, als dem Appellaten in der accessorischen Adhäsion gesteckt sind.

Sartorius[6]), der den Gegenstand am umfassendsten und mit der gewohnten sorgfältigen Beachtung der Literatur bearbeitet hat, ist gleichwohl eben so wenig als Arnold tiefer auf die Grundlagen der Devolutivkraft und Gemeinschaftlichkeit der Appellation eingegangen[7]) und gelangt, nach angestellter Prüfung der Gesetze, zu dem Resultate: daß die reformatio in pejus durch die Gesetze nicht

5) Arch. f. d. c. P. XXVIII. S. 73 f. Das Resultat S. 112.
6) Arch. f. d. c. P. XXXI. S. 83—108. S. 313—352.
7) Arch. a. a. O. S. 339 f. §. 17.

eingeführt sei. Er eröffnet seine Untersuchung mit Aufstellung des Begriffes der reformatio in pejus, und nimmt darin unter Anderm auch als Merkmal auf: „der Nachtheil oder das pejus müsse dem Appellanten oder demjenigen, welcher sich des Rechtsmittels principaliter bedient, und eine günstigere Entscheidung verlangt habe, zugefügt sein;" und „es sei nothwendig, daß in der reformatorischen Entscheidung dem Appellanten der Nachtheil von Amtswegen zuerkannt worden, ohne daß der Appellat, sei es in einer besonderen Appellation oder Adhäsion den Appellationsrichter darum gebeten habe." Dieses Erforderniß des Erkennens von Amtswegen, bemerkt er dazu, so wie der darausfließende Folgesatz, daß insbesondere eine durch Adhäsion von Seite des Appellaten veranlaßte Reformation keine eigentliche reformatio in pejus sei, sei von großer Wichtigkeit und werde in seiner ganzen Untersuchung als Anhaltspunkt und Beweisgrund dienen. Auf die Anwendung, welche hiervon gemacht wird, werde ich später zurückkommen.

Was eine Begriffsbestimmung der reformatio in pejus im Allgemeinen anbetrifft, so ist sie insofern gar kein Bedürfniß, als sich daran weder eine theoretische, noch praktische Folge knüpfen darf. Die Sache und nicht der Name ist für das Prozeßrecht von Wichtigkeit, und an dem sachlichen Verhältnisse, wie es durch die Gesetze geordnet ist, kann dadurch Nichts geändert werden, daß man ihr eine technische Bezeichnung gegeben hat und nun in die Definition derselben oft willkürlich hineinlegt, was man beabsichtigt wieder heraus zu folgern, und damit den Inhalt der Gesetze zu beleuchten. Um einzusehen, was möglicher Weise mit Grunde unter reformatio in pejus zu verstehen ist, hat man blos klar zu machen, worin das Sachverhältniß besteht und wie das Bedürfniß zu einer Bezeichnung dafür sich einstellen konnte.

Im älteren römischen Rechte konnte von dem Verhältnisse keine Rede sein, weil es keine Instanzen in unserem heutigen Sinne gab; und als mit der Kaiserregierung wahre Appellationen aufkamen, gab es, bis zur Justinianeischen

Gesetzgebung Appellationserkenntnisse, die entweder rein konfirmatorisch waren, oder nur zum Vortheil des Appellators ausfielen, denn über etwas Anderes, als ob die Appellatio iusta oder iniusta sei[8]), wurde nicht entschieden. Also eine Appellationsentscheidung, welche für den Appellanten ungünstiger ausgefallen wäre als das Urtheil, wogegen er appellirt hatte, kam aus Veranlassung dieser Appellation nicht vor; denn wenn auch der Appellat gegen die causas appellationis seines Gegners noch so viel vorbrachte, dieses konnte immer nur bewirken, daß dann die erstinstanzliche Sentenz konfirmirt wurde, also der Appellat auch in zweiter Instanz in demselben Umfange Sieger blieb, als er es durch die Sententia a qua geworden war. Mehr als dieses konnte der Appellat als solcher nicht erlangen, und ein Appellant als solcher konnte nicht weniger erlangen, als er in der Sententia a qua hatte. Aber das lag in dem Zwecke der Appellation, daß durch die Appellation in dieser Appellationsinstanz der Appellant Sieger, der Appellat der Besiegte wurde, dadurch also der Appellant vortheilhafter, der Appellat nachtheiliger gestellt war. — Wenn beide Theile selbstständig die Appellation ergriffen, dann konnte in Folge davon, daß nun jeder Theil sowohl als ein Appellant als ein Appellat in Betracht kam, jeder auch, je nach der Parteirolle, mit neuen Vortheilen aber auch mit neuen Nachtheilen durch das Appellationserkenntniß, aus höherer Instanz hervorgehen.

Erst Justinian hat durch eine Reihe von Gesetzen ein anderes System geschaffen, wodurch es rechtlich möglich geworden ist, daß der Besiegte in der untern Instanz, wenn er durch Appellation seine Lage zu verbessern versucht, statt gewünschten Sieg noch größere Niederlage als in erster Instanz erleidet. Diesen nachtheiligen Erfolg kann sich nach

8) Const. 6. pr. de app. 7, 62. „quum super omni causa interpositam provocationem vel iniustam tantum liceat pronuntiare, vel iustam.“

jenem Syſteme nicht nur jede Partei, wenn ſie ſelbſtſtändig als Appellant auftritt, ſondern auch wenn ſie als Appellat und Sieger voriger Inſtanz, bei Gelegenheit der Appellation des Gegners, durch weitere Anträge den Sieg noch vervollſtändigen will, für ſich herbeiführen. Während alſo vor Juſtinian jede reformatio nothwendig für den dieſelbe betreibenden Theil nur in melius ausfallen konnte, wäre es nach Juſtinian rechtlich möglich, daß ſie auch in pejus ausfiel. In allen Fällen alſo, in welchen dieſes nach den desfallſigen Geſetzen zuläſſig iſt und zur Ausführung kommt, da iſt eben die reformatio in pejus vorhanden. Hiernach muß alſo die Behauptung von Sartorius, daß nur dem Appellanten gegenüber in pejus reformirt werden könnte, widerſprochen werden. Wenn Sartorius[9]) ſodann, um zu beweiſen, daß die reformatio in pejus auch vorausſetze, daß in der reformatoriſchen Entſcheidung dem Appellanten der Nachtheil von Amtswegen zuerkannt werde, bemerkt: „Gegen den Appellanten aber reformiren auf Antrag des Appellaten iſt eben ſo ganz in der Ordnung und gewöhnlich, als die reformatoriſchen Urtheile gegen den Appellaten auf des Appellanten Anſuchen"; ſo iſt auch dieſer Beweis verfehlt. Denn wenn es in der That ſo ganz in der Ordnung und gewöhnlich iſt — und wir geben es zu, daß das der Fall iſt — ſo wird damit ja gerade bewieſen, daß durch die Const. 39 de appell. 7, 62 die reformatio in pejus ſo in das Rechtsleben übergegangen iſt, daß man ihre Beſtimmung nun ganz in der Ordnung und gewöhnlich findet. Von jener Konſtitution nämlich, durch welche erſt die ref. in pejus rechtliche Exiſtenz erhielt, konnte nur auf Anſuchen des Appellanten gegen den Appellaten reformatoriſch entſchieden werden; aber das iſt ja der weſentliche Inhalt der const. 39, cit., daß nun auch der Appellat in dieſer Eigenſchaft, alſo ohne ſelbſtſtändig zu appelliren, mit ſeinen Anträgen gegen den Appellanten mit Erfolg ſoll auf-

9) Arch. a. a. O. S. 315.

treten, und also auch eine reformatorische Sentenz erwirken können. Also ohne die citirte justinianeische Konstitution wäre eine solche reformatoria nicht möglich, und diese ist wieder nichts Anderes, als die in Frage stehende reformatio in pejus. Zwar führt Sartorius[10]) noch an: die Konst. 5. §. 4 VII. 63 und die beiden Novellen 49 und 126 nannten regelmäßig den Appellaten Sieger (victor — qui ante vicerat — qui victricem sententiam accepit). Ein siegreicher Appellat bedürfe aber der reformatio in pejus gar nicht. — Es steht richtig, daß diese Ausdrücke sich vorfinden, und auch daß in den Gesetzen von einem bloß theilweisen Siege oder einem theilweisen Unterliegen auch nicht eine Sylbe vorkommt; allein daraus folgt weder, daß darunter deßhalb ein vollständiger Sieger verstanden werden muß, noch würde, wenn es folgte, für unsere Frage etwas darauf ankommen.

Bekanntlich ist es die im Jahr 530 erlassene Konst. 39 cit., welche die reformatio in pejus schaffte, und darum kann aus der Konst. 5 VII. 63 v. J. 529, als die Einrichtung noch nicht bestand, die Bedeutung derselben nicht erklärt werden[11]). Die Nov. 49 befaßt sich, wie sie selbst ankündigt, speziell mit Verhältnissen des Appellanten, um der Konst. 39 cit. gegenüber, die sich speziell mit den Verhältnissen des Appellaten befaßt hatte, eine gewisse Gleichheit herzustellen. Nov. 126 handelt aber von dem Verfahren allgemeiner.

Die Nov. 49 redet in der Unterstellung, daß der Appellat mit seinem Siege vollständig zufrieden ist, und (qui in causa vicit, si vere sententiam confirmari velit... iura sua in medium proferat, — Et siquidem superior videatur, sententia firma sit) und die Novelle 126 nennt zwar auch den Appellaten allgemein Sieger, verordnet aber recht energisch, daß es sich nicht um eine einfache confirma-

10) A. a. O. S. 107 f.

11) Von Konst. 10 VII. 64 gilt dasselbe.

toria oder reformatoria handle, sondern daß gerade nicht einfach confirmirt, sondern daß Akten und Urtheil genau examinirt, die sententia recte lata konfirmirt, wenn aber neglectum aliquid sit, id corrigant, et legitimam sententiam ferant. etc. — Aus diesen Stellen geht übrigens so wenig hervor, daß der Appellat unvollständiger, als daß er vollständiger Sieger ist. Auch wird man im Ernste nicht behaupten, daß auf einen solchen Unterschied der Gesetzgeber nur habe verfallen können, da wo es sich um die Gleichheit der Parteienrechte und um die Pflichten des Appellationsrichters handelt. Da aber für unsere Frage die Bestimmung der Konst. 39 cit. vollkommen ausreicht, so würde nicht einmal etwas darauf ankommen, wenn jene Gesetze an einen vollständigen Sieger gedacht hätten. Und wenn jene Gesetze nur von vollständigen Siegern sprechen, worin lag denn wohl der Grund, daß sie nur davon und nicht auch von theilweisen reden? — Es reicht hin, daß die Bestimmungen auf beide Arten gleichmäßig anwendbar sind und ausreichen. Das aber, wie behauptet wird, die reformatio in pejus in der Regel sogar unmöglich sei, und man sie daher nur mit dem gröbsten Mißverständnisse in die Gesetze hineininterpretiren könne, darauf ist in der That mit innerster Ueberzeugung nur zu erwidern, daß sie nur auf diese Weise herauszuinterpretiren ist. Und die rein thatsächliche Frage der Möglichkeit hat der Verfasser selbst oft schon zu verwirklichen Gelegenheit gehabt. Eben so irrig ist die Behauptung, daß die angeführten Novellen im Interesse des Appellaten nur die Bestätigung des Urtheils angeordnet haben; mit dürren Worten steht das gerade Gegentheil darin, so wie die Reformation, wo sie vorgeschrieben ist, nur die ref. in pejus bedeuten kann, weil eine andere ja nach der geschichtlichen Entwickelung nicht Bedürfniß war.

Bei der Behauptung, daß ein siegreicher Appellat der reformatio in pejus nicht bedürfe, wird auch übersehen, daß, weil die Appellation ein Rechtsmittel ist, welches durch andere Gründe, als welche in der vorherge-

gangenen Instanz vorgekommen, gerechtfertigt werden darf, deßhalb jedem Endbescheide über die Materialien der Berufung wesentlich nur die Frage vorliegt: ob die Appellation gerechtfertigt sei oder nicht? und dieses keineswegs mit der Untersuchung zusammenfällt: ob der vorige Richter in der Lage, wie er die Sache fand, recht gesprochen habe [12])? deßhalb alsdann, wenn die Appellation als gerechtfertigt erscheint, dadurch der Appellationsrichter gleichsam als in locum iudicis a quo substitutus [13]) erscheint, der sich zwar nur an das hält, was ursprünglich in iudicium venit, aber dabei auf sämmtliche Verhandlungen Rücksicht zu nehmen hat, und wenn dieses vollständig, nach den Anforderungen der Gesetze geschieht [14]), es häufig möglich ist, eine sententiam legitimam, anders als durch eine ref. in pejus, zum Vortheil des Siegers voriger Instanz zu fällen.

Dafür endlich, daß bei der reformatio in pejus in der reformatorischen Entscheidung der Nachtheil von Amtswegen erkannt werden müsse, läßt sich auch nicht einmal ein scheinbarer Grund anführen. Daß es geschehen könne folgt eben so klar aus den Gesetzen, als daß es keine Bedingung ist, und aus der Natur der Verhältnisse ergibt sich, daß es der seltenere Fall sein wird.

Man kann bei diesem ganzen Gegenstande nicht eindringlich genug daran erinnern, daß in der That ganz und gar Nichts darauf ankommt, welche Fälle man früher reformatio in pejus genannt hat, oder jetzt nennt, oder künftig nennen will, weil dabei stets viel Willkür stattgefunden, und bei einer durch die Gesetze vollständig genug geordneten Lehre die Bezeichnung ganz gleichgiltig ist, wenn man mit Hilfe derselben nur nicht die gesetzlichen Dispositionen wegzudemonstriren versucht. An und für sich ist die Bezeichnung

12) Hefftter: Civilpr. Aufl. 2 §. 456. Sartorius a. a. O. S. 345 f. Ziff. 3.

13) Pr. 20 in f. iudicat solo. 46, 7.

14) Man vergegenwärtige sich dabei einmal blos den Inhalt der Nov. 126 c. 2.

aber nicht unpaſſend und knüpft ſich an die richtige geſchichtliche Auffaſſung. Weil vor Juſtinian kein Antragſteller durch ſeine Anträge in der Appellationsinſtanz ſeine Lage wider ſeinen Willen verſchlimmern konnte, ſondern wenn es zu einer Reformation kam, nur verbeſſern; durch Juſtinian aber Reformatorien möglich wurden, welche, veranlaßt durch Anträge eines Appellanten, eines Appellaten oder ſelbſt durch die Aktenprüfung des Appellationsrichters, gerade für den Antragſteller, wider ſeinen Willen und ſeine Erwartung nicht den verlangten Erfolg, ſondern einen noch nachtheiligeren herbeiführte, als gegen den der Antrag gerichtet war, ſo iſt reformatio in pejus gewiß eine paſſende Bezeichnung [15]), weil früher es nur eine reform. in melius gab und man dieſe ſchlechthin reformatio nannte. Will man dieſe Art von Reformatorien nun reformationes in pejus nennen, dann muß man den Ausdruck aber auch für alle derartige Fälle, die erſt durch Juſtinian's Geſetzgebung rechtlich möglich geworden ſind, in Anwendung bringen.

Es iſt übrigens nicht nachzuweiſen, daß die bisher beleuchteten, von Andern bittweiſe angenommenen Vorausſetzungen nach dem engeren juriſtiſchen Sprachgebrauche zum Begriffe einer reformatio in pejus gehören; und inſofern dieſe Unterſtellung bei der ganzen jenſeitigen Unterſuchung als Anhaltspunkt und Beweisgrund gedient hat, können ihre Reſultate für denjenigen, welcher einen weiteren Begriff von der reformatio in pejus behauptet, nicht als bewieſen angenommen werden. Und in der That iſt das ja gerade die Frage, ob der Umfang der Devolutivkraft und Appellationsgemeinſchaft ſo weit reiche, daß gerade dann, wenn auf eine beſtimmte reformatoriſche Entſcheidung von keinem der ſtreitenden Theile in der höheren Inſtanz Anträge geſtellt

15) Der Ausdruck iſt für dieſe Verhältniſſe gewiß eben ſo bezeichnend, als für Das, wofür ihn Ulpian (Fr. 1 pr. de appell. 49, 1) gebraucht hat; wiewohl der Erſte, welcher ihn gebrauchte, wenn ihm Ulpian's Kritik vorſchwebte, leicht damit der Juſtinianeiſchen Anordnung dieſelbe Kritik könnte zuwenden wollen.

ſind, der Oberrichter, ſowohl zum Nachtheil des Appellanten als Appellaten die Entſcheidung dennoch geben darf. Erſt alsdann, wenn dieſe Frage ihre Löſung durch Interpretation der Rechtsquellen gefunden hat, läßt ſich ein feſt begrenzter Begriff der reformatio in pejus aufſtellen. Ich darf in dieſer Beziehung auf meine früheren Darſtellungen verweiſen und bezüglich der Nebenſachen hinzufügen: daß ja urſprünglich gerade eine Nebenſache, der Koſtenpunkt, es geweſen iſt, in welchen der erſte Keim einer Appellationsgemeinſchaft, einer acceſſoriſchen Adhäſion und reformatio in pejus gelegt worden iſt [16]). Auch iſt die ref. in pejus deßhalb, weil ſie ſich erſt ſpäter im Syſtem des gerichtlichen Verfahrens als eine zweckmäßige oder nothwendige Maxime, gewiſſermaßen als die Konſequenz der erweiterten Devolutivkraft, und als ein erhebliches Mittel darſtellte, auf der einen Seite frivole oder, mit der Zeit, dem Koſtenaufwande und der Kraftanwendung in keinem richtigen Verhältniſſe ſtehenden Appellationen zu verhüten, auf der andern Seite aber dem materiellen Rechte möglichſt zum Siege zu verhelfen, nicht als etwas Anomales und Singuläres, von den Prozeßregeln Abweichendes zu betrachten. Gerade in dem Entſcheiden von Amtswegen liegt, wenn man von dem eigentlichen Zwecke der höheren Inſtanz ausgeht, die Regelmäßigkeit für eine ſolche Maxime [17]).

§. 3.

Daß vor Juſtinian eine reformatio in pejus nicht ſtatthaft war [18]), bezeugt das röm. Recht ausdrücklich [19]). Auch kann aus der Const. 10 quando prov. n. n. l. 7, 64 noch kein allgemeiner Grundſatz für eine reformatio in pejus hergeleitet werden [20]). In einer früheren Abhandlung habe

16) Const. 10 quando prov. n. n. 7, 64. Arch. f. d. c. P. XIX. S. 463.

17) Schmid a. a. O. S. 28 f. v. Savigny Syſtem VI. §. 284. a. E. S. 295.

18) Archiv f. c. P. XIX. S. 462. XXXI. S. 87 f. §. 2, 3.

19) Const. 39 de app. 7, 62.

20) Archiv f. c. P. XXXI. S. 92. §. 5.

ich auf den legislatorischen Zusammenhang der Const. 5 §. 4 de temp. et repar. appell. 7, 63 mit der Const. 39 de appellat 7, 62 hingewiesen[21]). Darnach enthält zwar jene Konst. 5 keine, unsern Gegenstand berührende Bestimmung, wohl aber ist das bezüglich der Konst. 39 cit. der Fall. Denn hierin verordnet Justinian ausdrücklich, daß wenn der Appellant seine Beschwerden vorgebracht hat, der Appellat aber bei der Tagfahrt nicht erschienen sei, alsdann der Richter selbst Amtswegen des Abwesenden Rolle ergänzen solle (eius partes adimplere). Allerdings heißt dieß zunächst und direkt nicht, es solle eine reformatio in pejus stattfinden, denn da der Appellat aus der vorigen Instanz als Sieger hervorgegangen ist, so entspricht eine reformatio in pejus ja im Allgemeinen nicht nothwendig dessen Interessen, sondern diese werden in der Regel schon durch ein bestätigendes Urtheil gewahrt werden. Das partes adimplere kann zunächst nur auf die Wahrnehmung derjenigen Rechtszuständigkeiten gerichtet sein, welche der Appellat, wenn er anwesend wäre, selbst vorzunehmen haben würde. Da das Gesetz selbst nun sagt, daß der Appellat, wenn er anwesend sei, die Befugniß haben solle, Widerspruch gegen die Entscheidungen einzulegen (si quid iudicatis opponere maluerit, hoc facere), so kann jenes ejus partes adimplere durch den Richter zunächst nur darin bestehen, daß dieser rechtsbeständige Einwendungen oder Beanstandungen, kurz Oppositionen, die der Appellat, wenn er anwesend war, selbst hätte vorbringen können, Amtswegen in Erwägung zieht. Es kann aber die Folge dieser Erwägung sein, daß der Richter bei der Bildung der Entscheidung in der Sache des durch die Appellation vor ihn gebrachte Urtheil zum Nachtheil (in pejus) des Appellanten reformiren muß; vernünftiger Weise aber niemals in pejus gegen den Appellaten, weil wenigstens noch nicht durch diese Konstitution der Richter angewiesen war per suum vigorem appellatoris partes adimplere,

21) Archiv f. c. P. XIX. S. 6 f.

was ſpäter freilich auch, wenn zwar mit anderen Worten, durch die Nov. 126 in ihrer generellen Anweiſung auf die Schöpfung des Urtheils angeordnet wurde. Ohne Zweifel bezeichnet partes adimplere die Ausfüllung der fremden Rolle eines ſtreitenden Theils, aber nicht nothwendig eine Stellvertretung, oder die Vornahme einer Parteihandlung. Wenn es nämlich richtig iſt, daß diejenige Handlung, welche der anweſende Appellat durch das aliquid iudicatis opponere ſelbſt vornimmt, die ſogenannte Adhäſion bildet, nnd daß demgemäß das partes adimplere des Appellaten durch den Richter an die Stelle jener Adhäſion tritt, ſo folgt daraus doch noch nicht, daß der Richter jenes partes adimplere in den Formen jener Adhäſion vorzunehmen hatte. Eben ſo wenig ergibt ſich aus anderen Stellen, in welchen angedeutet iſt, daß der Richter Amtswegen Oppoſitionen zu machen oder Etwas zu ſuppliren habe, daß dieſes in den Formen von Parteihandlungen geſchehen mußte oder nur durfte[22]), zumal, da dieſes Ergänzen ſich ſtets auf das bezog, quod sciat (iudex) legibus et iuri publico convenire. Es iſt deßhalb auch nur eine mit Nichts bewieſene Behauptung, daß der römiſche Richter des partes adimplere durch mündliche Erklärungen zu Protokoll bewirkt habe, daß dieſe aktenmäßig gemacht oder protokollirt worden ſeien, und daß dieſes amtliche Adhäriren durch den Richter mit dem Verſchwinden des gemeinhin mündlich-protokollariſchen Verhandeln der Appellationen in Deutſchland ſich habe verlieren müſſen[23]). Abgeſehen davon, daß das partes adimplere ein officium iudicis iſt, welches ſeine Bedeutung und ſeinen

22) Const. 2 §. 2. de temp. et reparat. app. 7, 63. „vel a praesente adversario, vel etiam a iudice, si solus litigat appellator, fuerit oppositum probatumque.“ Const. un. ut quae desunt advocatis 2, 11. Dieſe Anordnungen rühren ohnehin aus einer früheren Zeit als Const. 39 cit. her und beweiſen ſo viel, daß daß officium iudicis ſo dehnbar längſt betrachtet wurde, ihm Wahrnehmung der Parteienrechte zuzuweiſen, ohne dabei den Geſichtspunkt der Prokuratur aufzufaſſen. S. §.

23) Archiv f. c. P. XXXI. S. 315 f. S. 325 f.

Werth ganz unabhängig von den Formen der Parteihandlungen hat, und welches, wenn es in seiner Absicht und seinen Folgen auch ganz mit der Adhäsion übereinstimmt, darum doch nicht selbst eine Adhäsion, insbesondere nicht eine Parteihandlung, sondern geradezu eine richterliche ist, so ist auch so viel offenbar, daß diese richterliche Pflicht nicht durch den Umstand aufhören konnte, weil die Parteihandlungen vor Gericht in späterer Zeit mehr schriftlich als mündlich ausgeführt wurden. Und kaum im Ernste kann behauptet werden, daß die in der L. Ampliorem vorausgesetzte und maßgebende Abwesenheit des Appellaten ihre ganze Bedeutung verlieren, wenn schriftlich verhandelt werde, weil, um in Schriften zu verhandeln, Niemand nöthig habe, sich bei Gericht einzufinden. Denn im Ernste bezweifelt wohl Niemand, daß der Appellat, welcher in einem Termine, in dem er eine Handlung schriftlich oder mündlich, oder gar nur schriftlich vorzunehmen befugt ist, als anwesend im Rechtssinne zu betrachten ist, wenn er die Handlung rechtzeitig schriftlich vorlegt. Das ist hiernach offenbar ein Begriffsfehler, wenn man das partes adimplere per iudicis vigorem mit der Adhäsion ganz und gar identifizirt, den Richter als Stellvertreter und selbst als Prokurator der abwesenden Partei betrachtet, und dasjenige, was er vi officii iudicis durch das Gesetz zu thun angewiesen ist, als eine Prokuratoren- oder Parteihandlung auffaßt, und sich so eine Brücke zu der Behauptung baut: das in Folge eines solchen partes adimplere entstandene reformatorische Erkenntniß könne deßhalb nach technischem Sprachgebrauche nicht als eine reformatio in pejus betrachtet werden, weil der Richter nicht amtswegen, sondern deßhalb auf Antrag der Partei erkannt habe, weil er als Stellvertreter der Partei für diese sich selbst darum gebeten habe. Die Auffassung, daß auch da, wo das partes adimplere per iudicis vigorem eintritt, die Partei adhärire, der Richter bloß reformire, beruht auf einem Uebersehen der gesetzlichen Erweiterung des richterlichen Offiziums. Daß diese Amtsthätigkeit des Rich-

ters auch nicht, wie man behauptet, ins Absurde einschlägt, daß darin keine bevormundende Fürsorge, kein Vorbringen eines Parteiantrags durch den Richter aus dem Stegreif, ohne auch nur muthmaßlichen Auftrag, sogar ohne Vorwissen der Partei, liegt, das Alles muß einleuchten, wenn man erwägt, daß der Richter das Material zu dem partes adimplere nur, wie schon einleitend bemerkt ist, aus den verhandelten Akten und aus dem anzuwendenden Rechte nimmt, und die Aufgabe des Oberrichters wesentlich darin besteht, zu prüfen, inwieferne die unterrichterliche Entscheidung den Anträgen der Parteien in der unteren Instanz, dem Inhalte der Akten und dem Rechte gemäß ist[24]). Auch die Behauptung: daß Adhäsion und reformatio in pejus sich gegenseitig ausschließen[25]), ist nur insoweit richtig, als die reformatorische Entscheidung sich genau an den Umfang der in der Adhäsion liegenden Anträge hält; aber unrichtig ist die Behauptung, insofern damit ausgedrückt werden soll, daß über jenen Umfang hinaus nicht reformatorisch entschieden werden dürfe, oder daß überall, wo eine Partei ausdrücklich adhärirt habe, keine reformatio in pejus mehr vorkommen könne. Wenigstens muß so viel unbedingt zugestanden werden, daß die Wahrheit und Unwahrheit dieser Sätze, welche bloß Ableitungen aus den Prinzipien über den Umfang der Devolutivkraft und der Gemeinschaftlichkeit der Appellation sind, mit den Grundsätzen über diese Einrichtungen zusammenhängen, und damit stehen und fallen, und daß man deßhalb, um in dieser Lehre gründlich aufzuräumen, mit der Prüfung des Bestandes jener Einrichtung (Devolutivkraft und Appellationsgemeinschaft) beginnen muß. Gänzlich unzulässig scheint mir auch die Ansicht, welche in dem vigor iudicis der Const. 39 cit. eine Stellvertretung der Partei durch den Richter annimmt[26]). Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et

24) Schmid a. a. O. S. 28.
25) Archiv f. c. P. XXXI.
26) Archiv XXXI. S. 315, 318.

iudex[27]); und: „Consiliario eo tempore, quo assidet, negotia tractare in suum quidem auditorium, nullo modo concessum est“[28]). Es läßt ſich auch nicht annehmen, daß Juſtinian einen Grundſatz, den er im J. 529 noch ſo nachdrücklich anwendet und einſchärft, im folgenden Jahre ſchon ſtillſchweigend zu beſeitigen geſucht habe. Prokurator und Richter zugleich in derſelben Sache darf Keiner ſein; alſo iſt die dem Richter Const. 39 cit. angewieſene Stellung auch rein aus dem richterlichen Standpunkte aufzufaſſen.

§. 4.

Der Inhalt der Nov. 49. pr. Cap. 1 und 126 Cap. 2 kann in ſeinem ſyſtematiſchen Zuſammenhange nur mit Rückſicht auf die Grundſätze, welche vor der Const. Ampliorem[29]) galten und durch dieſe verändert ſind, richtig aufgefaßt werden. Hierüber habe ich mich an einem andern Orte ausgeſprochen[30]). Der Umſtand, daß die Novelle 126 nicht gloſſirt ſei, habe ich übrigens nicht für etwas Gleichgiltiges erklärt, ſondern bloß bemerkt, daß die Novelle für die hier in Frage ſtehende Rechtsanſicht immer nichtsdeſtoweniger eben ſo erheblich ſei, als wenn ſie von den Gloſſatoren bearbeitet wäre[31]). Dafür ſpricht doch auch wohl der Grund, daß, wenn es ſich um die Interpretation geſetzlicher Einrichtungen deſſelben Geſetzgebers handelt, deren wahrer Sinn und Bedeutung aber ſo gut aus einem geſetzlichen Dokumente ermittelt werden kann, das aus irgend einem Grunde ſeine formelle Anwendbarkeit verloren hat, aber einſtens in gleicher Kraft mit andern, jetzt noch geſetzlich giltigen

27) Const. 6 de post. 2, 6. — Fr. 17 de iurisd. 2, 1. „Praetor sicut universam iurisdictionem mandare alii potest, ita et in personas certas, vel de una specie potest, maxime cum iustam causam susceptae ante magistratum advocationis alterius partis habuerit.“ — Plinius epist. I. 23.

28) Fr. 5 de off. assess. 1, 22. cf. Const. 14 de Assess. 1, 51 (Juſtinian 529).

29) Const. 39. 7, 62.

30) Archiv f. c. P. XIX. S. 469 f.

31) Archiv a. a. O. S. 447 und XXXI. S. 105 N.

Anordnungen ſtand und damit einen organiſchen Zuſammenhang bildete. Nur aus der Zuſammenſtellung und Vergleichung der ſämmtlichen Geſetzesſtellen gewinnt man das genauere Verſtändniß der einzelnen Beſtimmungen und die Ueberzeugung, daß eine ſyſtematiſche Entwickelung der Lehre ſtattgefunden hat. Der Werth der unglosſirten Novelle iſt deßhalb für unſere Lehre nicht bloß ein hiſtoriſcher, weil ſie uns theoretiſche Aufklärung gibt und durch Beleuchtung der Abſicht des Geſetzgebers bei ältern, noch anwendbaren Geſetzen deren Anwendung in ihrem wahren Geiſte vermittelt. Nach der jenſeitigen Auffaſſung ſollen die Novellen als günſtigſter Erfolg für den Appellaten die Beſtätigung des erſtinſtanzlichen Urtheils im Auge haben, die Abänderung aber nur im Intereſſe des Appellanten beſprechen, dadurch alſo die reformatio in pejus ausſchließen[32]).

Es muß zugeſtanden werden, daß die Nov. 49 cap. 1 in ihrer wörtlichen Faſſung nur davon ſpricht, daß wenn das Recht ſich auf die Seite des Appellaten neige, die unterrichterliche Sentenz beſtätigt, wenn es ſich aber auf der Seite des Appellanten zeigen ſollte die Sache nach den Geſetzen entſchieden werden ſolle. Auch darf nicht unbemerkt bleiben, daß im Falle der Novelle der Appellat als gegenwärtig unterſtellt wird. Bevor man aber daraus die jenſeitige Folgerung zieht, iſt vorerſt Folgendes zu erwägen.

Bezüglich des Appellaten ſetzt die Novelle aber auch weiter voraus: daß der Appellat beſtimmt bloß auf Beſtätigung des erſtinſtanzlichen Urtheils angetragen hat (ut ille, qui in causa vicit, si vere sententiam confirmari velit) und da iſt es auch wohl der gewöhnliche Fall, daß wenn der Appellat Sieger bleibt, die Sentenz beſtätigt wird (Et siquidem superior videatur, sententia firma sit). Daß aber mit dem Antrage auf Beſtätigung des erſtinſtanzlichen Urtheils der Umfang der rechtlich zuläſſigen und wirkſamen Anträge des Appellaten nicht nothwendig erſchöpft

32) Archiv f. c. P. XXX. S. 324.

war, wenngleich in der Novelle 49 bloß dieser eine Fall hervorgehoben wird, ergibt sich unwiderlegbar aus Const. 39 de appell. 7, 62, wo ausdrücklich gesagt wird: „Bis dahin habe bloß der Appellant in der Appellationsinstanz eine bessere Sentenz erwirken können, der Appellat aber, der nicht auch appellirt, sei genöthigt gewesen, das Urtheil, wie es einmal ergangen, anzuerkennen. Das solle aber künftig anders gehalten werden, und wenn einmal ein Theil appellirt habe, solle auch der Appellat befugt sein: si quid iudicatis opponere maluerit, hoc facere, et iudiciale mereri praesidium. Also auch der Appellat durfte sowohl als der Appellant nun gegen das Urtheil Beschwerden vorbringen, und der Richter war verpflichtet, darüber mit zu entscheiden, eben so als über die causas appellationis des Appellanten. Da nun die Novelle 49 cap. 1 hieran Nichts ändere, sondern ähnliche Rücksichten für den Appellanten eintreten lassen wollte, wie solche in der angeführten Const. 39 für den Appellaten getroffen waren, so ist klar, daß wenn die Novelle auch nur von einem Falle spricht, in welchem der Appellat bloß einfach auf Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils anträgt, damit dessen, durch die Const. 39 geschaffene Befugniß bei Gelegenheit der Appellation des Gegners auch andere Beschwerden gegen jenes Urtheil anzubringen, nicht aufgehoben ist, und daß also, wenn dieses geschieht, der Appellationsrichter, eben weil die Const. 39 cit. für ihn eben so bindendes Gesetz ist, als Nov. 49 sich nicht auf eine bloße Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils beschränken dürfte, sondern seinen richterlichen Spruch, eben durch die Vorschrift der Const. 39 cit. genöthigt, auf diese Beschwerden auszudehnen verpflichtet wäre, und daß davon eine Folge auch ein dem Appellaten noch günstigeres und dem Appellanten noch nachtheiligeres Appellationsurtheil sein kann; also eine vollständige reformatio in pejus.

Da nun aber ferner in den Lagen der Novelle 49 c. 1 dasjenige, was der anwesende Appellat selbst den iudicatis zu opponiren befugt ist, dann, wenn er abwesend ist,

der Appellationsrichter nach Vorschrift der Const. 39 amtlich zu beachten verpflichtet ist, so ist ferner klar, daß alsdann auch ohne bestimmten Antrag des Appellators und also Amtswegen der Appellationsrichter ein Appellationsurtheil zu sprechen verpflichtet sein kann, das für den Appellanten noch vortheilhafter als das erstinstanzliche Urtheil sich darstellt, also wieder eine reformatio in pejus, und alsdann selbst in dem engeren Begriffe, den man jenseits aufgestellt hat.

Daß die Novelle 49 die möglichen Fälle in der Stellung des Appellaten bei ihrer Entwickelung nicht erschöpfte, lag in der Aufgabe, die sich der Gesetzgeber nach seiner eigenen Mittheilung in der Novelle selbst gestellt hatte, welche gerade darin bestand, den Appellanten dem Appellaten gegenüber in ähnlicher Weise in Schutz zu nehmen, wie die Const. 39 cit. den Appellaten gegen den Appellanten geschützt hatte[33]).

Ist diese Auffassung des Inhalts der Const. 39 und Novelle 49 richtig, so steht schon nach diesen Gesetzen fest, daß der Appellationsrichter in die Lage kommen kann, sowohl auf den Grund bestimmter Anträge des Appellaten, als auch, im Falle der Nichtanwesenheit desselben, dadurch, daß er per suum vigorem ejus partes adimplere angewiesen ist, nach dem Rechte (secundum iura), nicht bloß bestätigend, sondern selbst abändernd zum Vortheile des Appellaten zu entscheiden.

Berücksichtigt man aber auch noch den Inhalt der Novelle 126, so gelangt man ohne alle gegründete Bedenken zu dem System, welches ich in dem 19. Bande dieses Archivs S. 473 angegeben habe. Was insbesondere aber die Behauptung von Sartorius[34]) anbetrifft, wornach die Bestimmung der Novelle 126 cap. 2, daß die Sache nach den Gesetzen entschieden werden solle, heiße: „entweder bestätigend für den Appellaten oder reformirend zu

33) Vergl. Arch. f. c. P. XIX. S. 466—476.
34) Archiv XXX. S. 324.

des Appellanten Gunsten, je nachdem die Gesetze für die eine oder andere Partei sprechen, so ist diese Annahme ganz richtig; aber wenn Sartorius daran dann wieder die Folge anknüpft: „So scheint also auch in diesem Falle das partes adimplere, und damit zugleich die reformatio in pejus, zu des Appellaten Vortheil aufgehoben", so ist dieses wieder unrichtig, wie aus unserer unmittelbar vorhergehenden Nachweisung sich ergibt. Der Richter kann examinatis actis causae legitimum finem nur dadurch herbeiführen, daß er nach Anleitung aller maaß- und zielgebenden Gesetze, und dahin gehört ganz besonders auch Const. 39 cit. entscheidet, und das kann zu einer reformatio in pejus zu des Appellaten Vortheil führen[35]).

Darin, daß zwischen der Const. Ampliorum und dem Novellenrecht keine Widersprüche sich finden, hat Sartorius ebenfalls Recht[36]), aber unrichtig ist wieder die Behauptung, daß durch das Novellenrecht Nichts an dem Rechte der Konstitution geändert werde! Insofern die Const. 39 cit. bloß vom Appellaten handelte, und bezüglich des Appellanten das frühere Recht unverändert ließ; die Novelle 49 aber dagegen den Appellanten vorzugsweise berücksichtigt, und die Novelle 126 allgemeiner noch das ganze Verhältniß umfaßt, enthalten diese Gesetze in ihrer chronologischen Folge aufhebende, abändernde und ergänzende Bestimmungen.

§. 5.

Aus dem seither Dargestellten ergibt sich nun: 1) daß wenn das „causa secundum iura decidatur" in der Novelle

35) In meiner Abhandlung in diesem Archiv B. 19 S. 475 a. E. (sowie im Handbuch über Rechtsmittel II. §. 195, S. 239) befindet sich ein Fehler. Es muß dort heißen: „daß wenn der Appellat in der Sache in der Appellationsinstanz Sieger bleibe, er schon deßhalb" u. s. w. — „wenn aber der Appellant trotz der Desertion Sieger werde" u. s. w. — Daß ich aber, wie im Archiv B. 31, S. 325 Note 3 bemerkt wird, nicht beachtet habe, daß auch die bloße Bestätigung des vorigen Urtheils den Appellaten zum Sieger in zweiter Instanz mache, — beruht auf einem Irrthume.

36) Archiv B. 31, S. 325.

49 c. i. auch nur für den Fall in Anwendung gebracht ist, wo das Recht auf Seite des Appellanten unterstellt wird, so folgt daraus ganz und gar nicht, daß nicht auch dann die causa secundum iura in der Appellationsinstanz abändernd zu entscheiden wäre, wenn noch mehr Recht, als das erstinstanzliche Urtheil anerkannt hat, auf Seite des Appellaten sich herausstellte [37]).

2) Daß die Bestimmung der Novelle 126 cap. 2 im umfassenden Sinne für eine reformatio in pejus sich ausspricht. Selbst die entschiedensten Gegner unserer Ansicht räumen ein, daß in dieser Novelle dem Appellationsrichter anbefohlen ist, ehe er entscheidet, nicht nur das vorige Urtheil, sondern auch die Verhandlungen kennen zu lernen und zu prüfen. Die Worte der Novelle: „iudicis tam acta causae quam iudicata examinare studeant, et legi ac iuri consentaneam depromere sententiam", — „examinatis actis causae legitimum adsignent terminum", — „non amplius decursu temporis corroberetur sententia sed vel una tantum parte praesente, iudices aetitata in causa et iudicate examinent. Et si quidem secte prolatam sententiam invenerint, eam confirment. Si quid in ea per negligentiam omissum est, id corrigant et legitimam edant sententiam. Simulatque... seme appellationis causa.... sine ab utraque parte, sine ab una tantum introducta fuerit: non amplius biennii decursu firmitatem in posterum capiat sententia, sed attentis oculis veritate ac iure considerato, terminum huiusmodi causis legitimum adhibeant, sive una sive utraque parte praesente" drücken doch wahrlich augenfällig aus, daß unter den actis causae auch die Verhandlungen der ersten Instanz begriffen sind; denn wie kann der Appellationsrichter beurtheilen, ob das erstinstanzliche Urtheil richtig erlassen ist, wenn er nicht die Verhandlungen der, vorigen Instanz prüft; wie kann er, nachdem verordnet ist

37) Archiv f. c. P. XIX. S. 474 f.

daß nicht mehr der Zeitablauf eine Sentenz konfirmiren, sondern daß vor Allem der Richter das Verhandelte in der Sache und das Urtheil prüfen, die rechtmäßig befundene Sentenz bestätigen, das Versäumte nachholen und einen gerechten Urtheilsspruch erlassen soll, ohne Rücksicht, ob nur eine oder beide Parteien anwesend sind; wie könnte er dieses vollführen, wenn er nicht so berechtigt als verpflichtet wäre, ohne Rücksicht auf bestimmte Anträge des Appellaten, sämmtliche Akten der vorigen Instanz und damit zugleich die an den vorigen Richter gestellten Anträge zu prüfen und seinem appellationsrichterlichen Spruche zu unterwerfen. Diese Annahme ist weder eine bloße Einbildung, noch darum verwerflich, weil sie dahin führt, daß der Appellationsrichter regelmäßig Alles, was in erster Instanz vorgebracht worden ist, also auch Punkte, worüber kein Theil Beschwerde geführt hat, von Neuem entscheiden müsse oder doch könne. Denn alle diese Folgen sind dem Gesetze ganz gemäß, und der Richter, welcher tam acta causae, quam iudicata examinare — per negligentiam omissum, corrigere — und attentis occulis veritate ac iure considerato, terminum huiusmodi causis legitimum geben, und legi ac iuri consentaneam sententiam erlassen soll, ohne daß er auf bestimmte Parteianträge in der Appellationsinstanz hingewiesen, oder dabei nur die Anwesenheit einer bestimmten Partei gefordert wäre, möchte doch in keine geringe Verlegenheit gerathen, wenn man ihm zumuthen wollte, diesen energischen Anforderungen erst dann zu entsprechen, wenn der Appellat durch eine Adhäsion ihn dazu autorisire.

Daß die Gesetze unter acta und iudicata aber überhaupt nicht, und auch nicht vorzugsweise bloß den auf die vorgebrachten gravamina bezüglichen Akten und die vom Appellanten angefochtene Urtheils-capita gemeint haben können, ergibt sich schon daraus, daß man nach römischem Rechte keine spezielle gravamina anzugeben brauchte, und die Urtheile im Ganzen anfechten konnte, und nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber seine Bestimmungen für solche Ausnahms-

fälle erlaſſen, und das Gewöhnliche nicht habe mit umfaſſen wollen. Und eben ſo unzuläſſig iſt, anzunehmen, der Geſetzgeber habe in den Novellen dem Richter bloß eine Anleitung zu einem zweckmäßigen Aktenſtudium ertheilen wollen, oder die Anordnungen, daß iudices legi ac iuri consentaneam sententiam ferant ſeien allgemeine Redensarten, die durchaus nicht ſpeziell auf das materielle Recht und darum folgeweiſe auf die reformatio in pejus bezogen werden können. Es ſcheint, daß der Geſetzgeber ſich jener allgemeinen Ausdrücke recht abſichtlich bedient habe, um den Appellationsrichter gerade auf den allgemeinen Standpunkt, der ihm ſeit der Const. 39 Ampliorem gegen die frühere Zeit angewieſen war, und der ihn ganz vorzugsweiſe auch zur reformatio in pejus verpflichtete, hinzuleiten.

3) Die Novelle 126 befiehlt unbedingt, daß künftig ſtets nur legitime decidirt werde. Daß der Ausdruck „Neglectum corrigant“ da vorkommt, wo von der Abweſenheit des Appellanten und der einſeitigen Gegenwart des Appellaten die Rede iſt, beweist eben dann, wenn das neglectum corrigere und das secundum iura decidere gleichbedeutend iſt, daß damit *nicht bloß* eine reformatio in melius[38]) ausgedrückt iſt. Denn die Novelle disponirt, nachdem ſie einige Prozeßlagen betrachtet, und hervorgehoben hat, wann dort konfirmirt und wann reformirt werden ſolle, *allgemein*: künftighin ſolle, wenn einmal die Appellation, *gleichviel*, ob von *einem* oder beiden Theilen introducirt ſei, *veritate* et *iure* considerato illae causae.. *legitime* decidirt werden, *ohne Rückſicht* darauf, ob nur *ein* oder *beide* Theile *anweſend* ſeien. Wenn ohne das neglectum corrigere eine legitima sententia zu erlaſſen nicht möglich iſt, und ein legitime Decidiren nur veritate et iuri considerato ſtatthaben kann, und in *allen* Fällen nur legitime in dem beſchriebenen Sinne entſchieden werden ſolle, ſo iſt

38) Archiv XXXI. S. 322.

auch klar, daß das corrigere hier nicht dem confirmare, als einer Alternative entgegengesetzt ist.

4) Die veritas, welche Novelle 126 berücksichtigt wissen will, ist sowohl die materielle als formelle. Denn beide Arten können die Akten darbieten. Und für den Richter ist die eine so entscheidend als die andere.

5) Auch die Auth. Jubemus Cod. etc. iud. 3, 1 darf in unserer Lehre benutzt werden. Die Novelle 115 war nicht bloß zur Beschleunigung der Justiz gegeben, ihr Zweck war zunächst, darüber, nach welchen Gesetzen zu urtheilen sei, einen Grundsatz aufzustellen, und bei der Gelegenheit erinnert der Gesetzgeber den Richter, selbst keine Verzögerung zu veranlassen. Das „omni modo“ oder „omnibus modis“ hat hier freilich nicht die Bedeutung, die ihm wohl beigelegt worden ist[39]).

§. 6.

Der versuchte Nachweis von Sartorius[40]), daß sich das ursprüngliche Justinianeische partes adimplere, als richterliche Adhäsion ohne alle und jede Willensäußerung des Appellaten, bei den deutschen Gerichtshöfen nicht befestigt habe, ist eine bloß halb richtige Bemerkung. Es hat sich nämlich bloß nicht „als richterliche Adhäsion“, wohl aber in der Art befestigt, wie es auch Justinian beabsichtigte, daß er statt ausdrücklicher sogenannter Adhäsion, das officium iudicis die Parteirechte wahrgenommen hat. Daß dieses nicht zu allen Zeiten, und nicht überall gleichmäßig geschehen, und daß von den Glossatoren an darüber verschiedene Theorieen aufgestellt und mehr oder weniger in Anwendung gekommen sind, dieß Loos theilt unser Gegenstand mit allen juristischen Instituten von einiger Bedeutung. Eben weil dieses partes adimplere keine Adhäsion ist, und, wie schon bemerkt wurde, der Richter nicht dadurch in die Funktionen eines Prokurators oder gar Advokaten der Partei geleitet werden sollte, deßhalb allein schon konnte der Ueber-

39) Archiv f. c. P. XXVIII. S. 96 und XXXI. S. 323.
40) Archiv XXXI. S. 325—334. §. 15.

gang aus dem mündlichen in das schriftliche Verfahren an der Verpflichtung des Richters Nichts ändern. Es handelt sich bei dem partes adimplere weder um Schriftsätze, noch um Erklärungen zu Protokoll des Richters für die Parteien, sondern so gut nach römischem Verfahren, wie wir einleitend angedeutet haben, wie nach deutschem, bloß um gründliches und gewissenhaftes Aneignen des aktenmäßigen Stoffes, um daraus das Material für ein gesetzmäßiges Urtheil zu schöpfen, sowie um das Festhalten des Gedankens, daß es nicht nothwendig die bestimmten und ausdrücklichen Anträge der Parteien in der Appellationsinstanz sind, die den Umfang der richterlichen Reflexion innerhalb des vorliegenden Aktenstoffes bei dem Urtheile begangen. In dieser Beziehung steht der Appellationsrichter nicht mit größerer Machtvollkommenheit als er Unterrichter den Parteien gegenüber ausgerüstet; aber auch nicht mit beschränkterer. Das unterrichterliche Urtheil soll für den Appellationsrichter nicht eine prätorische Formel bilden; er soll wenigstens eben so frei den Stoff der Verhandlungen benutzen dürfen, als der Unterrichter, sofern die Dispositionsbefugniß der Parteien und Grundsätze der Rechtskraft ihm nicht ein „bis hierher und nicht weiter!" entgegen setzen [41]).

Nach dem Geiste unserer Institution konnte man in der Rechtspflege nicht zum Bewußtsein kommen, daß eine richterliche Adhäsion der Grund der reformatio in pejus sei, deßhalb kann mit dem Wegfallen der ersteren auch nicht die Unzulässigkeit der letztern bewiesen werden. Wie es aber gekommen, daß Theorie und Praxis in die wunderlichsten Abwege gerieth, dürfte aus dem Entwicklungsgange der Lehre hinlänglich klar werden. Nur irrige Interpretation der Gesetze und Verkennen des Zusammenhangs ihrer Bestimmungen mit der ganzen Aufgabe der höhern Instanz haben den controversen Zustand der Materie herbeigeführt. Die Krankheit wird auch dauern, bis das Grundübel erkannt ist.

41) Heffter, Civilproz. Aufl. 2. §. 456. S. 552 f.